A intervenção do Estado na economia

Seu processo e ocorrência históricos

A. B. COTRIM NETO

Professor Titular de Direito Administrativo na UFRJ

SUMÁRIO

1. No crepúsculo matutino dos tempos modernos, o Estado era o príncipe, a quem se investia de poderes mercê do sacramento administrado pelo sacerdote de Cristo. Essa, a fonte do absolutismo.

Desde quando se formaram os primeiros Estados nacionais pela aglutinação regional das soberanias pulverizadas, características da Alta Idade Média, erigia-se como dogma político o entendimento prisco inserto no *Digesto de Justiniano*: "Quod Principi placuit legis habet vigorem"... — Não precisamos ir muito longe, para nos apercebermos da importância que esse proclama da época do principado, em Roma, assumiria — como um mote de teor quase divino —, durante a demolição da ordem feudal, a edificação concomitante do Estado nacional e a fundamentação do direito

divino de seu soberano. ALEXANDRE HERCULANO, duplamente notável por suas obras históricas como pelas de ficção que nos legou nesse livro excelente, qual o seu romance *O Bobo*, traça o quadro da luta do Mestre de Aviz para afirmar a unidade da monarquia lusa contra o policentrismo dos senhores feudais, tendo como adarga e ferro de lança não mais os que empunhara o braço material de NUN'ALVARES — que desempenhara já o seu papel —, porém os que JOÃO DAS REGRAS brandia com seu verbo e sua cultura jurídica, a partir da invocação: "Quod Principi placuit..."

Desde os poucos séculos que antecederam a 1700 se havia cristalizado a idéia da fonte divina dos poderes monárquicos, no mundo ocidental e, por isso, vigorava o entendimento de que, na pessoa do rei, substanciava a idéia do Estado. Mas, como todo poder absoluto tem inarredável vocação para corromper-se, o princípio do absolutismo, com sua fonte na sagração, já exaurira sua força mística; e cansava.

2. Num ensaio, quiçá um dos últimos trabalhos de sua lavra, HAROLD LASKI discerniu, na dupla explosão da Revolução Inglesa de 1688 e na Revolução Francesa de 1789, a abertura da era do capitalismo triunfante e o caminho para o liberalismo empolgante. Obviamente, então, o absolutismo já fora lançado ao cemitério das proposições peremptas.

Alguns publicistas contemporâneos, todavia, não aceitam o contubérnio histórico apontado pelo renomado publicista britânico, do movimento burguês livre-cambista, que teve inspiração matriz na Escola Manchesteriana, com o movimento essencialmente filosófico que na mesma época eclodira em França. E ANDRÉ JARDIN é um deles, embora sem dar ênfase à sua discordância.

Esse autor, num denso estudo publicado sob o título *Histoire du Liberalisme Politique — de la Crise de l'Absolutisme à la Constitution de 1875* [1], efetivamente sustenta não ser lícito tratar do liberalismo político conjuntamente com o liberalismo econômico. Entretanto, reconhece que muitos dos corifeus do liberalismo, como MONTESQUIEU e FÉNELON, acumularam preocupações econômicas e políticas nas suas obras.

Como quer que seja, no plano econômico do mesmo modo que no político, o liberalismo tornou-se a mensagem essencial da Revolução Cultural do século XVIII, e pretendeu institucionalizar-se.

Embora fixado na tese da distinção entre o liberalismo econômico e o político — e só deste se ocupando —, JARDIN reconhece que mesmo este, no seu país, sempre viveu em crise: primeiro, sob NAPOLEÃO, mode-

---

(1) Ed. Hachette, Paris, 1985.

lador de uma ordem centralizadora e até mais absolutista que a do "Ancien Régime"; em seguida, com a restauração dos Bourbons, numa reação momentânea dos princípios decaídos em 1789, até a revolução orleanista de 1830 — uma esperança frustrada —, por sua vez demolida em 1848, em movimento popular logo esmagado por um césar bonapartista que pretendeu restabelecer a ordem pública no espírito do império do primeiro BONAPARTE. Finalmente 1875, que o autor da *Histoire* comentada classifica de "a apoteose da festa liberal".

Contudo, essa *apoteose* apenas deixou nos costumes franceses (ainda é ANDRÉ JARDIN quem tal registro faz), deixou à sociedade francesa, um espírito de tolerância para com todas as idéias, aberto e variado; deixou uma sociedade que o escritor, para a descrever — o que fez nas últimas linhas do livro —, reproduz palavras postas por MONTESQUIEU em *Lettres Persanes*, na correspondência de ROCA para seu compatriota USBEK:

> "Entre nós, os caracteres são todos uniformes, porque eles são forçados; não se vêem as pessoas como elas são, mas tais como elas são obrigadas a ser; nesta servidão do espírito e do coração, não se fala senão a medo, senão uma linguagem, quando pelo natural as pessoas se exprimem diferentemente e sob tantas formas."

Entretanto, se JARDIN não tivesse limitado o estudo do *liberalismo* aos seus aspectos puramente culturais e filosóficos; e se houvesse abordado o tema em sua plenitude, atualizando o estudo do regime *político*, certamente suas conclusões não seriam tão líricas...

A ação do Estado, os expedientes que emprega para executar ou perseguir seus fins, isto é o que mais importa; não simplesmente a tolerância, que esta, de certo modo, mesmo no século XVIII, já caracterizava o governo dos monarcas absolutos, agora "déspotas esclarecidos" que — vislumbrando no horizonte político a borrasca da Revolução — buscavam em tímidas reformas generosas proporcionar o que se classificava como "a felicidade terrena dos súditos".

E no concernente ao governo do Estado, a realidade contemporânea deixa muito pouco campo para expressões líricas, quando sentimos quão frustrante é a realidade e quão distantes nos encontramos dos sonhos liberais do século XVIII.

Então se queria um *governo pequeno*, um governo que — na expressão de outro liberal, este do século XIX, ARGENSON — não governasse demasiado...

E hoje como o temos?

3. Entidade que se impôs para organizar a vida social assentada numa parte qualquer de nosso planeta, o Estado — como quer que seja sua estrutura ou o regime que preside o funcionamento dos seus poderes mais altos — exerce das mais variadas maneiras sua intervenção no processo social.

Segundo o egrégio ERNST FORSTHOFF, professor de Heidelberg, a relação do Estado, vale dizer, de sua administração, com a ordem social pode ter vários estilos, que pendulam entre dois limites extremos: o Estado será sujeito e *conformador* da ordem social, como pode ficar mais ou menos indiferente em relação a esta mesma ordem social, como se ela fora um elemento estranho à sua competência específica ([2]).

Estudando-se o Estado desde a Idade Média — o Estado europeu, bem entendido, que a América se encontrava, então, fora do tempo histórico do Ocidente —, nós concluímos que tudo quanto dizia respeito à ordem social se achava no quadro das prescrições da ordem pública. Vigia, entretanto, na cidade, a organização corporativa ou a divisão da sociedade em classes, o que impunha um sistema de privilégios dos quais era impossível fugir; enquanto isso, nas regiões submetidas ao comando dos terratenentes, dos senhores feudais, a propriedade imóvel estava sujeita a uma vinculação jurídica caracterizada como de "dominium eminens", o qual fundamentava a soberania administrativa sobre a ordem social dos bens donde, por conseqüência — segundo a expressão tomada de outro jurista alemão, este da primeira metade do século XVIII, CHRISTIAN WOLFF —, o absolutismo do príncipe ou do soberano feudal, o "jus disponendi de rebus propriis civium salutis publicae causa". Em virtude desse "dominium eminens", o príncipe, como soberano que consubstanciava o próprio Estado, possuía tantos direitos quantos os que deles era titular, na ordem econômica, e, especialmente, no concernente à propriedade: aliás, não se deve esquecer que o "jus feudale" determinava a posição do indivíduo simplesmente pelas suas vinculações com a propriedade imóvel.

Partindo-se desse "dominium eminens", reconhecido quase universalmente nas prerrogativas do senhor feudal, para a constituição de um "jus eminens" que destacaria a alta potestade dos soberanos absolutos até o século XVIII, seria um passo, conquanto se tenha de reconhecer — com o citado FORSTHOFF — que, inicialmente, esse direito de preeminência tinha caracaterísticas de direito extraordinário, a ser exercido apenas quando as necessidades do Estado impusessem a intervenção nos direitos individuais.

---

(2) No seu apreciado *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, 9ª ed. C. H. Beck'sche, Munique, 1966, vol. I, pp. 59 e segs.

Posteriormente o "jus eminens" perderia a excelsitude das origens e se converteria em mero resíduo, identificado nos casos em que o Estado devesse sobrepor-se ao *administrado* (não mais o *súdito de um soberano* todo-poderoso); mas, agora, o Estado posto no papel de intérprete ou expressão do interesse geral.

Com fundamento no "dominium eminens", de início, e do "jus eminens", em seguida, foi que se permitiu à administração, na ordem medieval, de proceder a intervenções de *caráter conformador*, determinando modificações de direitos e de relações jurídicas.

4. Em razão da decadência do absolutismo, por força da explosão cultural comentada, dos últimos quartéis do século XVIII, e a subseqüente estruturação da teoria do Estado de direito, é óbvio que já não haveria mais lugar para manifestações de *intervenção conformadora* — a "gestaltende Eingriff" do alemão — como se fizera na medievidade, intervenção à qual ERNST FORSTHOFF definiria como a decretação de modificações totais ou parciais da ordem social, inclusive no concernente ao regime dos bens e dos direitos, e que ultrapassa, por sua natureza, até os limites da intervenção consumada em casos determinados (a. e ob. cits., pp. 60/61).

Em seguida, já no século fluente, e após a I Guerra Mundial, o Estado retomaria os expedientes dessa *intervenção conformadora*; todavia não mais a título de exercício de "jus eminens", como outrora, porém fundado noutros princípios mais generosos e mais consentâneos com o espírito de nossa época, quais sejam aqueles que subordinam o exercício de quaisquer direitos, mesmo os direitos subjetivos, ao interesse da coletividade, da ordem social, que deverá prevalecer. Estes princípios, que excelem o exercício dos direitos individuais, são aqueles que se contêm no moderno instituto do "poder de polícia", o qual — entretanto — não se deve confundir com a "polícia" do soberano, dos tempos do despotismo dito "esclarecido", do século XVIII.

Contemporaneamente, portanto, a título de poder de polícia, com ele se restabeleceria a intervenção conformadora do Estado, especialmente no campo econômico, onde tornou-se uma constante — em todas as Constituições modernas que se seguiram à alemã de WEIMAR, de 1919 — a manifestação de ser lícito ao Estado intervir, para condicionar o exercício dos direitos, inclusive o de propriedade, a determinados fins sociais.

Tal mudança de concepção aconteceria, principalmente, nos Estados Unidos do século XIX: mas, ao mesmo tempo, também aconteceria na Europa, mercê das novas exigências sociais, formuladas por grupos instalados em aglomerações urbanas crescentes, reclamantes, a cada dia, de mais serviços públicos. Foi então que V. STEIN, em famosa obra escrita entre 1865 e 1868, sobre a *Teoria da Administração,* sustentou a necessidade de se estabelecer no Estado, a par da administração jurídica, uma "admi-

nistração social", que fosse capaz de corresponder aos reclamos de sempre mais serviços de interesse público, por parte da comunidade.

Por toda a Europa cresceria, então, a dimensão e o volume da estrutura das administrações públicas; e o Estado começava a se fazer intervencionista: inicialmente, essa intervenção ocorria no plano social, com a edição de leis que tinham por escopo reprimir a exploração da mão-de-obra. No período imediato, o Estado passou a comandar serviços públicos pelo regime da *concessão*, repristinando velha técnica do final da Idade Média, consoante a observação de eminente jurista espanhol, o professor ENTERRIA ([3]). Somente num terceiro tempo foi quando o Estado passou — ainda repristinando instituição medieval — a intervir na ordem social, de modo a *conformar*, coativamente, direito e relações jurídicas.

Essa intervenção, "conformadora", para empregarmos a denominação feliz criada por FORSTHOFF, seria realmente a que daria feição particular a nosso Estado contemporâneo.

5. No estudo histórico da economia, correspondente ao século passado, estarrece a maneira desenvolta com que os senhores do poder econômico se conduziam, e a indiferença aparente do comportamento dos detentores do poder político. Sobretudo impressiona o que se verificava nos Estados Unidos, onde o desenvolvimento econômico marchava com uma celeridade nunca dantes conhecida.

A propósito, e especialmente sobre o desenvolvimento das estradas de ferro, SAMUEL ELIOT MORISON e HENRY STEELE COMMAGER, em sua *História dos Estados Unidos da América* ([4]), destacaram os males que, a par do progresso, eram produzidos pela expansão das ferrovias, sobretudo mercê dos abusos dos organizadores de estradas de ferro, "que tinham opiniões de senhores feudais". Os mais notáveis desses abusos foram indubitavelmente os elevados fretes e a discriminação de preços cobrados pelas redes do Oeste americano. Na década de 1870/1880 o poder das estradas de ferro do ocidente americano era quase absoluto, pois ali inexistia outro meio de transporte. Desta maneira o ferrocarril tanto podia fazer uma indústria local prosperar como tinha capacidade para arruinar uma comunidade, bastando-lhe, para isso, variar de alguns *cents* as tarifas do transporte do trigo, do gado ou de qualquer outra mercadoria. Os fundos de que dispunham os organizadores de redes ferroviárias, freqüentemente criados por manipulação financeira e *stock-watering* (emissão de ações sem correspondente aumento de capital), eram tão colossais que sobrepujavam até os dos

---

(3) Ver *La Actividad Industrial y Mercantil de los Municipios*, ed. do Inst. de Adm. Local, Madrid, 1955, p. 10: obra do Prof. EDUARDO ENTERRIA.

(4) Trad. brasileira, em ed. Melhoramentos, SP, s/data: v. 2, pp. 266 e segs.

governos estaduais. No plano político, o maior poder — ao qual alimentava a torrente de recursos e favores distribuídos aos legisladores — era do *railroad lobby*, que, escondido num gabinete próximo ao edifício da assembléia estadual, agia como um órgão de iniciativa e de revisão; e poucos tinham condições de triunfar na política sem as boas graças da companhia de estrada de ferro.

Entretanto, a deflação que se seguiu à Guerra de Secessão de 1861/1865 e a crise econômica de 1873 iriam abrir os olhos de todos para a gravidade do problema e provocar a reação que teria lugar, sobretudo, nos Estados do Centro-Oeste, como Illinois, Iowa, Wisconsin, Minnesota, Missouri e Nebraska, e estender-se-ia aos Estados de outros pontos da nação, como Massachussetts, no Leste, e Califórnia, no Oeste. Esta reação teve as mais variadas formas, que iam desde a suspensão da concessão de terras marginais do leito das estradas até à regulamentação coercitiva das práticas abusivas. Na sua Constituição do ano de 1870, o Estado de Illinois estabeleceu uma cláusula que determinava ao Poder Legislativo "adotar leis" que corrijam abusos, impeçam a injusta discriminação e a extorsão nas tarifas de passageiros e de mercadorias nas estradas de ferro do Estado: em conformidade com esta cláusula, a legislação de Illinois fixou o preço de tarifas, proibiu sua discriminação e criou uma comissão para fiscalização das estradas de ferro e dos armazéns, com a finalidade de regular os transportes, a silagem e a moagem dos cereais. Esta lei de Illinois, apesar de acremente malsinada, viria a ser imitada em outros Estados, como Iowa e Minnesota, em 1874, Wisconsin e outros, posteriormente, tendo chegado a formar todo um elenco de diplomas que ficariam na história como as *granger laws*, que entre 1871 e 1876 marcaram os primeiros e mais contundentes golpes na política liberal e na economia do *laissez-faire*.

6. Como seria natural que acontecesse, as medidas legislativas restritivas das amplas liberdades até então reconhecidas em benefício do comércio e da indústria não poderiam deixar de ser trazidas ante a justiça; destarte, já em 1877, a Suprema Corte dos Estados Unidos teria ensejo de julgar, decidindo por sua constitucionalidade, o estatuto que se editara em Illinois, para a fixação das tarifas cobradas pela armazenagem de cereais em Chicago. Este foi o rumoroso caso "Munn *versus* Illinois" (94 U.S., 113) que o Prof. CARL BRENT SWISHER, da Universidade John Hopkins, colocou entre as *decisões históricas* da Corte Suprema (5). Estribando-se na XIV Emenda à Constituição dos Estados Unidos, promulgada em 28-7-1868, a Corte, pelo voto do *Justice* WAITE, decidiu, então, que a circunstância de uma lei disciplinar o uso da propriedade privada não implica em que isso corresponda à privação do direito de propriedade sem o "due process of law", sem um regular processo judiciário: e tal haveria de ser o enten-

---

(5) Obra de CARL BRENT SWISHER, *Historic Decisions of The Supreme Court*, ed. van Nostrand, USA, 1958.

dimento da Corte porque — exprimiu o relator —, quando a propriedade privada se acha empregada em um serviço de interesse público, deixa de ser *juris privati,* consoante com o que já no século XVIII fora proclamado pelo juiz HALE, jurista da *Common Law*, em seu estudo *De Portibus Maris;* nessas condições, quando alguém aplica a sua propriedade numa atividade em que o público tenha interesse, ele outorga ao público um interesse nesse uso, devendo suportar o controle público com vistas ao bem comum, na medida do interesse criado. É óbvio que o proprietário pode arredar-se de tal regime, interrompendo o emprego do seu bem na forma pela qual o fez; mas, enquanto assim não proceder, terá de suportar o controle estabelecido pela lei.

A Suprema Corte — aos argumentos sustentados pelos advogados dos armazéns e moinhos de cereais, segundo os quais a regulamentação do custo das tarifas, quando feita pelo Legislativo, implicaria numa invasão de prerrogativa judiciária — responderia assim: insiste-se em que o proprietário de uma coisa tem o direito a compensação razoável pelo seu uso e em que a determinação do que se entende "razoável" é uma questão judicial e não legislativa, mas o essencial é o poder regulamentar. Como este existe, ele implica, também, na competência para o estabelecimento de uma tarifa máxima, que é um dos expedientes de regulamentação.

7. Informam MORISON e COMMAGER, na sua *História* que, no mesmo dia em que a Corte apreciou o *case* Munn v. Illinois, proferiu importantes decisões nesses outros seguintes processos: Peik v. Chicago & Northwestern R. R., Chicago, Burlington & Quincy R. R. v. Iowa e Winona & St. Peter R. R. v. Blake. Nestes casos era discutida a constitucionalidade das leis protetoras dos fazendeiros, as referidas *granger laws*, no pertinente ao estabelecimento de tarifas máximas para o transporte ferroviário de passageiros e cargas. Também aqui era argüida a existência de inadmissível agressão contra o direito de propriedade — pois a XIV Emenda Constitucional estabelecia em sua Seção 1 que "(...) No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law (...)" — sem processo regular de expropriação; mas igualmente sustentavam, as ferrovias interessadas (pois aqui eram elas que se achavam em causa), que o diploma estadual questionado violava preceito constitucional em matéria de comércio interestadual, que só poderia depender da legislação federal.

Em todos esses casos, foi muito firme a posição da Suprema Corte, que, então, reiterou os argumentos com que decidira o processo Munn v. Illinois no relacionado com a primeira questão. E, na segunda questão, decidiu o Tribunal Federal que a estrada de ferro é empregada tanto no serviço interno de um Estado, quanto no comércio interestadual, pelo que, enquanto o Congresso da União não legislar sobre a matéria, há de permi-

tir-se que o Estado edite os diplomas necessários para promover o bem-estar em sua jurisdição, ainda que, assim procedendo, possa indiretamente alcançar quem esteja em jurisdição estranha.

Certo é que no decênio transcorrido entre a decisão da Suprema Corte no caso Munn v. Illinois, em 1877, e o julgamento que essa mesma Corte viria a fazer do litígio suscitado por Wabash, St. Louis, and Pacific Railway Co. contra o Estado de Illinois, em 25-10-1886 — a propósito do controle estadual de tarifas ferroviárias para curta distância, que foi condenado como exorbitante da esfera de competência do Estado-Membro —, as oscilações de jurisprudência do Tribunal da União evidenciaram a necessidade de um diploma federal para a questão.

8. Daí o se haver atendido a tal necessidade, por parte da União: em 4-2-1887 foi promulgado o "Interstate Commerce Act", uma lei que, dentre muitas outras matérias de interesse para o comércio entre os Estados, obrigava as ferrovias a elaborar e publicar tarifas uniformes e não discriminatórias, vedava fixação de tarifas mais elevadas, nos pequenos percursos, que as estabelecidas para longos percursos, além de criar uma comissão federal com poderes para zelar pelo cumprimento da lei e editar normas regulamentares sobre seu conteúdo.

Não viria a ser fácil executar quanto se dispôs na Lei do Comércio Interestadual, tantas foram as ocasiões em que os tribunais tiveram ensejo de anular suas decisões, especialmente aquelas pertinentes à matéria regulamentar. É que os espíritos ainda não estavam preparados para reconhecer esse tipo de competência a ser exercida por entidades dependentes ou integradas no Poder Executivo.

Por demais, ainda estava muito viva a ideologia do Estado liberal, que repelia tudo quanto viesse desenvolver o intervencionismo no processo social, e especialmente no campo econômico.

9. Em algumas das mais impressionantes páginas dessa obra que foi talvez o maior *best-seller* da literatura econômica, *The Affluent Society* [6], GALBRAITH aprecia o comportamento social e espiritual dos americanos, durante as últimas décadas do século passado. E comenta a popularidade das idéias do chamado "social-darwinismo", que vieram da Inglaterra e tiveram como protagonista HERBERT SPENCER (1820-1903). Para o social-darwinismo a sociedade econômica seria uma arena, e os termos da luta que nela se deveria travar haveriam de ser estabelecidos pela lei do mercado: os vencedores seriam premiados com a sobrevivência, os que sobrevivessem brilhantemente seriam premiados com a riqueza, aqueles que perdessem

---

(6) Este trabalho de JOHN KENNETH GALBRAITH foi editado por Riverside Press, Cambridge, 1958; v. pp. 48 e segs.

seriam lançados aos leões... Esta competição não somente seleciona os fortes, mas desenvolve suas faculdades e garante sua perpetuação.

Na conformidade dessas idéias, que GALBRAITH relembra, pela eliminação dos fracos a luta econômica tornar-se-ia socialmente benigna. Por isso, SPENCER criticava a estabilidade do serviço de correio, opunha-se à educação pública porque interferia na escolha que os pais poderiam fazer entre diferentes escolas ou, em outros termos, interferia na escolha entre a sabedoria e a ignorância. SPENCER criticava até a ajuda aos necessitados e, ainda, a saúde pública, visto entender que isso contribuía para perpetuar os mais vulneráveis membros da raça.

Tão grande era a popularidade do autor de *O Homem contra o Estado*, relata o harvardiano GALBRAITH, que, em 1882, quando SPENCER visitou os Estados Unidos, foi-lhe deferida uma recepção do estilo das que só os crentes conferem a um messias.

Argumenta ainda GALBRAITH ter sido SPENCER, e não CHARLES DARWIN, quem legou ao mundo a frase "a sobrevivência é dos mais aptos" ("the survival of the fittest"), a qual foi, da primeira vez, aplicada aos homens e não aos animais inferiores. SPENCER acreditava que os caracteres adquiridos, do mesmo modo que os herdados, seriam geneticamente transmissíveis.

10. Imediatamente após a crise que se seguiu à Guerra de Secessão, restabelecido o processo de desenvolvimento econômico que torrentes de imigrantes europeus estimulavam, a concorrência impiedosa passou a ser o fato novo que iria transformar a feição da economia dos Estados Unidos. Foi daí que surgiram os entendimentos no plano horizontal, a que se denominavam *pools*, e os entendimentos no plano vertical, os *holdings*, e, ademais, os controles realizados sobre grupos de empresas mediante a entrega de lotes de ações a uma junta de depositários, os *trusts*: todos esses expedientes visavam ao fortalecimento de determinados grupos, em detrimento de outros, na conquista do mercado e na perseguição dos lucros que, afinal, seriam repartidos entre os elementos aglutinados.

No ano de 1887 a Lei do Comércio Interestadual também proibiu o *pool*, mas, na prática, foi ela ineficiente em seu combate a esta hidra da economia. Um dos elementos que mais habilmente atravessaram as malhas da proibição legal foi JOHN D. ROCKEFELLER, o qual já organizara, em 1870, a Standard Oil Co., talvez fortalecida por um *pool* que, em 1882, estruturou-se num *trust*, o qual até hoje subsiste como o mais poderoso grupo econômico que o mundo jamais conheceu. Segundo o referido GALBRAITH, apesar da Lei de 1887 e do "Sherman Antitrust Act", que evidentemente para reforçá-la seria editado em 1890, entre os anos de 1892 e 1899 somente os dividendos pessoais de ROCKEFELLER na Standard Oil chegaram a um valor de 30 a 40 milhões de dólares. E isso numa época, salienta o professor de Harvard, em que o valor do

dólar era muito maior do que atualmente, e o lucro ou a renda não estavam sujeitos a nenhuma espécie de tributo.

Aconteceria que, enquanto o pensamento político liberal pretendia o Estado quase inerte e lhe dificultava a ação capaz de corrigir as injustiças sociais que começavam a avultar, mercê da concentração da riqueza nas mãos de poucos, ao mesmo tempo que o individualismo da economia liberal tornava vãos os esforços para disciplinar a concorrência — e de algum modo estimular melhor distribuição da riqueza —, o pensamento antitético começava a tomar corpo. A propósito, salienta GALBRAITH: nada tem sido mais mal compreendido do que a influência de MARX sobre a sabedoria convencional, em relação à qual as suas idéias operam como uma espécie de infecção de varíola, que em todos deixa marcas; MARX afetou profundamente até aqueles que repelem seu sistema e numa campanha doutrinária de anos e anos iria influir, de modo considerável, no reforço das medidas de ataque aos *trusts* e monopólios.

Como quer que se deva interpretar a influência de MARX sobre o pensamento americano, nas últimas décadas do século passado, o fato é que o povo americano tinha então séria preocupação quanto ao futuro do país. Sobre isso o *Chief-Justice* HARLAN, que teve ensejo de presidir a Suprema Corte em rumoroso processo do interesse da Standard Oil, falou com palavras que MORISON e COMMAGER assim transcreveram:

> "Todos os que se lembram das condições do país em 1890 recordar-se-ão do profundo sentimento de mal-estar que se havia espalhado entre o povo. A nação havia repudiado a escravatura (...) mas era universal a convicção de que o país corria o risco de cair numa outra forma de servidão, isto é, naquela que resultaria da concentração do capital nas mãos de uns poucos (...) que controlavam em seu proveito exclusivo toda a economia da nação, inclusive a produção e a venda dos artigos de primeira necessidade."

MORISON e COMMAGER descrevem, por demais, que nessa época já se havia articulado um forte ataque aos monopólios e ao liberalismo: as organizações de trabalhadores hostilizavam as corporações econômicas mais poderosas; e os pequenos comerciantes, que em mais de uma ocasião se viam na alternativa de render-se ou de deixar-se arruinar — no confronto com as grandes fortunas e as riquezas concentradas —, não se mostravam menos interessados em tal combate.

Nesse entretanto, tão grande se fazia a corrente de oposição aos grupos econômicos que o Presidente CLEVELAND, em sua mensagem de 1887 ao Congresso, reconhecia que os trustes, os cartéis e os monopólios estavam em vias de esmagar o cidadão com seu tacão de ferro. E concluía: "As sociedades comerciais que deveriam ser severamente regulamentadas pela lei, ao serviço do povo, estão a se tornar, rapidamente, senhoras dele."

Por força dessa avassaladora corrente de opinião pública foi que em 2-7-1890 promulgou-se a Lei Sherman contra os trustes, resultante de um projeto que recebeu o apoio da quase unanimidade do Congresso. Uma lei de impacto contra a ideologia liberal e, sobretudo, contra o Estado liberal.

11. Todavia, é difícil compreender-se bem por que a Lei Sherman resultou tão mal elaborada, de modo a tornar-se quase totalmente ineficiente. Na realidade, assim dispunham seus dois primeiros artigos: "1.º — Todo contrato, combinação em forma de truste ou qualquer outra, ou conspiração para restringir o comércio entre os diversos Estados ou com nações estrangeiras, é declarado ilegal (...); 2.º — Toda pessoa que monopolize ou tente monopolizar (...) qualquer ramo da indústria ou do comércio entre os diversos Estados ou com nações estrangeiras será considerada culpada (...)."

Acresce que o diploma em referência, pelo fato de não conter sanções específicas para apenação dos que o infringissem, tornou-se como que uma arma de fogo sem munição, que não se pode disparar nas horas necessárias.

Na oportunidade da edição do "Sherman Act" alegou-se que ele se destinaria a garantir, aos tribunais federais, jurisdição de direito comum nos casos de delitos de monopólio ou conspiração contra a liberdade de comércio. Ademais, pelo fato de a lei não ter definido os termos "truste", "conspiração" e "monopólio", nem a expressão "combinação em forma de truste ou qualquer outra", que dariam azo a amplas discussões, chega-se à conclusão de ter havido — no caso — um deliberado propósito de deixar aos tribunais ampla liberdade de critério hermenêutico.

Apesar disso, defeituosa que tenha sido a Lei Sherman, ou ineficaz em sua aplicação — enquanto não complementada como o seria, muitos anos mais tarde —, o fato é que ela culminou enérgico movimento de demolição do Estado e da economia liberais, os quais se tinham fundado em ideologias inadequadas para época de progresso dinâmico e, sobretudo, pretendiam garantir a mais irrestrita liberdade na concorrência. A Lei Sherman culminou esse movimento de demolição e lançava os fundamentos de sistemas legais que, nos decênios sucessivos, iriam plasmar o Estado contemporâneo em termos de socialismo integral ou de intervencionismo enérgico, vale dizer, em termos de intervencionismo por *absorção* ou de intervencionismo por *direção* ou *controle*.

Depois de 1890, com efeito, e por toda parte, tornaram-se freqüentes as práticas intervencionistas do Estado, em evidente manifestação de que o liberalismo caía em perempção.

12. Registre-se, todavia, que não seria fácil a luta contra o egoísmo econômico, o qual se abroquelava nos princípios do individualismo jurídico e se prevalecia da inópia institucional do Estado liberal: depois de milênios vividos na submissão ao absolutismo monárquico e sob a truculência da

nobreza, os homens ansiavam por *libertar-se*, sobretudo por *libertar-se do poder do Estado*. Não foi difícil admitir — como ocorreria no pensamento germânico do século precedente — que o Estado e a sociedade constituíam duas ordens independentes e quase auto-suficientes, pelo que não seria lícito ao primeiro influir na segunda. Por demais, tudo conduzia para esse prevalecimento do individual sobre o social: o romantismo, que empolgou a literatura durante as décadas iniciais da centúria anterior, era o refinamento do individualismo na arte; como o contratualismo dos códigos que se haviam inspirado na obra napoleônica de 1804 era a mais genuína expressão do individualismo no campo do direito; e o Estado *mínimo*, do liberalismo político, significava autêntica concreção daquele pensamento de SPENCER, posto no título de uma de suas obras, *O Homem contra o Estado*.

Foi mister que as espantosas conseqüências da Revolução Industrial levassem a exploração do homem ao ponto da explosão social, para que o sentimento e as aspirações do homem como animal gregário passassem a prevalecer sobre a concepção do homem como entidade abstratamente isolada, como o *único*, de certa ideação anarquista francesa, de há cem anos.

Apesar de ter sido nos Estados Unidos onde a luta contra o individualismo econômico se fez mais acirrada, tanto nos legislativos quanto nos tribunais, não haveria de ser nesse país onde se institucionalizaria a nova ordem de pensamento político enfatizadora do social. Foi na Alemanha de 1919 que isso teria lugar, talvez porque a derrota de 1918 tornara seu povo mais sensível aos prejuízos do individualismo, ou eventualmente porque — sendo estação de muda entre a Eurásia e o Ocidente Europeu — os acontecimentos de outubro de 1917, na Rússia, haveriam ali repercutido, ainda que de modo atenuado, para fazer eclodir o espírito social em detrimento do individualismo.

Assim, quando PREUSS e os constituintes de WEIMAR elaboraram a Constituição da novel República alemã, nesse ano de 1919, embora não a tivessem arredado, no essencial, da sistemática do Estado de direito burguês, fecundaram-na das idéias sociais que os ideólogos germano-franceses do século XIX haviam difundido. Pela primeira vez, quiçá, na história do pensamento jurídico, subordinava-se a economia a normas de direito público, e, sem dúvida pela primeira vez, inseriu-se o controle estatal da economia privada no quadro de uma Constituição política (Constituição de WEIMAR, arts. 151, 157, 158, 164 e, especialmente, art. 165).

É ocioso desenvolver, aqui, um fato tão sobejamente conhecido quanto o que diz respeito à extraordinária influência da Constituição weimariana sobre quase todas as Constituições, européias ou não, promulgadas logo após a 1.ª Guerra Mundial. Nem o Brasil, tão distante, esteve isento da sedução ideológica do Diploma alemão, como se constata ao mais superficial exame de nossa Carta constitucional de 1934.

Todavia, há de ser salientado que a Constituição de WEIMAR desencadeou profunda modificação de princípio nas relações do Estado com a

ordem social, embora não se devam buscar no direito constitucional, mas no direito administrativo, as manifestações desse relacionamento. Isso porque, acelerando-se o intervencionismo do Estado, *id est*, da administração, no processo social e econômico, as formas de tal procedimento não obedeciam a uma ordem preestabelecida, mas eram elaboradas ao sabor das necessidades e se faziam de modo empírico. Como quer que seja, a Constituição de WEIMAR foi um marco miliário na evolução do pensamento político-jurídico da humanidade, foi uma etapa na qual se relegou para o passado o individualismo, que cedeu caminho ao pensamento social.

A partir de WEIMAR — que, como vimos, sem repudiar os postulados do Estado de direito, aditou-lhe o fermento do espírito social, do intervencionismo conformador —, o *princípio da legalidade*, ou seja, o que proclama a supremacia da lei sobre a vontade do administrador, foi acrescido de um corolário essencial, o *princípio da finalidade*, a saber, o que pretende que toda a atividade estatal se dirija ao atendimento de um interesse público qualificado ([7]).

13. Numa coletânea excelente de estudos sobre o tema que ora apreciamos, e editada sob o título *Impacto da Ação do Governo sobre as Empresas Brasileiras*, escreveu ARY BOUZAN que foi, principalmente, a necessidade de *planejar o desenvolvimento econômico* o elemento acelerador da participação do Estado na orientação da atividade econômica ([8]). E acrescentou que, embora tal necessidade fosse, em tempos anteriores, muito questionada, hoje em dia a polêmica cessou, visto como a discussão passou a se fazer apenas sobre os termos do planejamento. A propósito, BOUZAN transcreveu esta observação do professor W. ARHUR LEWIS:

> "Na verdade, o ponto central do debate não é sobre se deve haver o planejamento, mas qual a forma que ele deve assumir e, em particular, se o Estado deve operar através do mecanismo de preços ou em sua substituição" (ob. cit., p. 32).

Certo é que existem vários estilos de intervencionismo econômico do Estado, no setor concernente às empresas privadas. Nos Estados Unidos, por exemplo, isso é feito, principalmente, para evitar a formação dos grupos monopolizadores, tanto que MAURER teve ensejo de proclamar que o mais árduo problema dos empresários americanos será o de saber "quando a grande empresa é demasiado grande" ("how big is too big"), e acrescentou: "Tamanho, com todas as conotações de monopólio que a palavra sugere, é o fulcro sobre o qual os oponentes da grande empresa procuram

---

(7) CAIO TÁCITO, em "O Estado e a Empresa", in *Carta Mensal*, publicação da Confederação Nacional do Comércio, ano XVI, n.º 198, set. 1971, p. 28.

(8) Ed. da Fundação Getúlio Vargas, Rio, 1963.

equilibrar sua capacidade de influência política, na tentativa de deslocá-la de seu lugar predominante na economia" (9).

Por outro lado, nos países subdesenvolvidos, a ação intervencionista, através do planejamento econômico, é enxergada como arma importante para acelerar o processo de desenvolvimento. *ROBERTO DE OLIVEIRA* CAMPOS, colocado em diferente ângulo de observação, teve oportunidade de escrever que o problema central do planejamento econômico dos países subdesenvolvidos é, basicamente, o problema medular de toda a ciência econômica: contingenciar recursos escassos entre objetivos concorrentes e escalonar sua utilização eficiente no tempo e no espaço (10). E BOUZAN, concordando com o eminente antigo Ministro do Planejamento do Brasil, acrescentou que, em países como o nosso, o planejamento do Estado se faz necessário, não somente para que a melhor utilização dos recursos acelere *o seu enriquecimento, mas, também,* para que o próprio processo de crescimento não esbarre com dificuldades que até poderão cercear o objetivo desenvolvimentista.

Ocorre, por demais, que nos países subdesenvolvidos existem setores da economia sem atrativos para a economia privada, mas são havidos como fundamentais para que a atividade econômica se processe em ritmo de progresso. E o Estado intervém, então.

Qualquer que seja a circunstância, nos países superdesenvolvidos, do mesmo modo que nos países *hipo ou subdesenvolvidos — desde que o* questionador não se coloque na posição ideológica do socialista integral ou totalitário —, a grande indagação contemporânea é aquela que o citado MAURER apresentou em seu livro: *How Should the Business Life of the Country be Directed?* (p. 284). Efetivamente, eis a grande incógnita dos nossos dias, e que se apresenta a todos quantos ainda acreditam poder-se conciliar o progresso com a liberdade, o desenvolvimento econômico com a livre iniciativa do homem empreendedor.

Destarte, a atividade do Estado, na ordem econômica ou na ordem social, deve ser dominada pelas mesmas preocupações tidas com a perseguição do *bem comum* e da *justiça social*, que servem de limite e de campo para o exercício dos direitos e das liberdades individuais.

Nessas condições, o *poder de polícia*, isto é, o conjunto de limitações impostas pela administração pública à atividade dos indivíduos, em benefício do bem comum e da subsistência do Estado — na feliz definição de

---

(9) HERRYMON MAURER, em *Great Enterprise — Growth and Behavior of the Big Corporation*, ed. Mac Millan, N.Y., 1955, p. 275.

(10) In *Planejamento de Desenvolvimento Econômico dos Países Subdesenvolvidos*, caderno da Série EBAP, F.G.V., Rio.

MENDES DE ALMEIDA —, passa a reger a disciplina da atividade econômica, por todos os meios eficazes (11).

Não obstante, é mister compreender-se que nem sempre o controle, ou a disciplina, imposto pelo Estado ao setor econômico privado obedece ao regime do poder de polícia: no caso do Brasil, particularmente, e em geral no caso de todos os países subdesenvolvidos, conforme salientamos anteriormente, essa intervenção corresponde a uma linha de ação política que freqüentemente é até estimulada por organismos internacionais, interessados em erradicar a pobreza da face da terra (12).

Essa intervenção não visa, porém, nesses casos, a coibir abusos de poder econômico, mas a estimular a atividade econômica. Isso é o que se há de concluir dos termos em que a questão é posta no art. 163 de nossa Emenda Constitucional n.º 1, o qual estabelece poder o Estado intervir no domínio econômico, inclusive mediante a instituição de monopólio, quando tal se faça necessário, "por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa".

De qualquer modo que se encare, todavia, a problemática da intervenção do Estado no setor da economia, é fora de dúvida que ela se tornou universalmente aceita, desde que processada em termos de ação não arbitrária, isto é, desde que se consume objetivando o bem comum, através da lei e em conciliação com direitos pré-constituídos.

Fora dos apontados procedimentos regulares, do exercício do poder de polícia para coibir abusos, como da ação política para promover o desenvolvimento, qualquer outra ação intervencionista estatal no campo da economia privada assume a feição de comportamento merecedor de repulsa — por atentatório dos direitos subjetivos dos administradores (não somente dos cidadãos de um Estado) — que não conduz ao progresso nem à estabilidade da ordem social.

Afinal, os poderes soberanos do Estado, quer se manifestem voltados para o exterior como para o interior, hão de ser elementos edificadores da justiça social.

Este é o fecundo entendimento que resulta do contexto de nossa Carta Fundamental, como a idéia que melhor servirá para o aperfeiçoamento do direito.

---

(11) Em seu *Curso de Direito Administrativo*, ed. Saraiva, S.P., 1968, p. 97.

(12) A propósito, leia-se o contido em *Joint International Business Ventures*, obra editada pelos Profs. Wolfgang G. Friedmann e George Kalmanoff, Columbia Press Univ., N.Y., 1961, pp. 14 e segs.